

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 160

herausgegeben

**von Professor Dr. Dr. Georg RESS
und Professor Dr. Michael R. WILL**

Professor Dr. João Baptista VILLELA

Ordinarius an der Bundesuniversität von Minas Gerais

**EHE, FAMILIE UND STAAT:
ÜBERLEGUNGEN ZUR
KÜNFTIGEN VERFASSUNG BRASILIENS**

**Vortrag vor dem Europa-Institut der
Universität des Saarlandes in Saarbrücken
am 20. Oktober 1987**

EHE, FAMILIE UND STAAT:

ÜBERLEGUNGEN UM DIE KUNFTIGE BRASILIANISCHE VERFASSUNG

INHALTSÜBERSICHT: 1- Einführung. 2- Subsidiaritätsprinzip.
3- Gleichberechtigungsgrundsatz. 4- Ehe und Konkubinat.
5- Gleichheit von ehelichen und nichtehelichen Kindern.
6- Programmsätze und unmittelbar verbindliche Bestimmungen.

1- EINFÜHRUNG

Wenn Peter Häberle 1984 anscheinend in bezug auf die Bundesrepublik Deutschland sagen konnte, dass in jener Zeit ein "überraschendes Defizit an 'Verfassungstheorie der Familie'" bestehen würde (1), ist es zu bedenken, wie weit der entsprechende Mangel in Brasilien aussieht, wo die verfassungsrechtliche Ausprägung des juristischen, politischen und sozialen Lebens der Nation bekanntlich niedrig ist. Und wie solcher Mangel die Qualität der möglichen Lösungen gerade zu dem Zeitpunkt bedingt, wo sich das Land anschickt, sich eine neue Charta zu verleihen, die sein grundlegendes institutionelles Bild enthalten wird.

In Sachen der Ehe und Familie hat Brasilien viel aus der deutschen verfassungsrechtlichen Erfahrung der neueren

1. Verfassungsschutz der Familie - Familienpolitik im Verfassungsstaat. Heidelberg, R. v. Decker & C. F. Müller, 1984, S. 4.

Zeit zu gewinnen, nämlich aus der, die mit der Weimarer Reichsverfassung von 1919 und dem Bonner Grundgesetz von 1949 zum Ausdruck gekommen ist. Das Beste dieses Beitrags ist jedoch vielleicht nicht aus den Bestimmungen der Verfassungen selbst zu entnehmen, sondern aus der Praxis der Rechtsprechung und trotz Häberles Bemerkung aus der theoretischen Rede, die sich um diese Bestimmungen gebildet haben.

Es bleibt zu hoffen, dass die brasilianische verfassungsrechtliche Praxis, die auf die Verkündung des neuen grundlegenden Texts folgen wird, sich aufnahmebereit für den deutschen Beitrag zeigt, der in bezug auf die Organisation der Familie angenommen werden kann. Auf der anderen Seite wäre es jedoch angebracht zu überlegen, ob es nicht der Fall sein könnte, einige dieser deutschen Konstrukte auf das brasilianische normative Gewebe zu übertragen. Sie sind gewiss unter eigenen Realitäten geboren und gewachsen, stützen sich aber auf die gleiche kulturelle Auffassung der Ehe und der Familie, die man in Brasilien hat.

2- SUBSIDIARITÄTSPRINZIP

Dieser letzte Gedanke führt gleich zum Subsidiaritätsprinzip, das zwar nicht ausdrücklich in dem Grundgesetz formuliert, "in der Rechtsprechung des Bundesverfassungs-

gerichts" aber nach Dieter Giesen "klar und unmissverständlich definiert" ist, wenn es sich um Verhältnisse handelt, die Ehe und Familie auf der einen Seite und Gesellschaft und Staat auf der anderen Seite zusammenbinden (2). Um nur einen der vielen Aspekte herauszugreifen, den die Subsidiarität hier annimmt, sei auf das Recht des Ausländers mit deutschem Ehepartner verwiesen, in dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu leben. Sein besonderer Schutz wurde dadurch von dem Bundesverfassungsgericht erklärt, dass es dem Ehegatten zusteht, frei "den räumlichen und sozialen Mittelpunkt ihres gemeinsamen Lebens zu bestimmen":

"Da es grundsätzlich allein den Ehepartnern zusteht, selbstverantwortlich und frei von staatlicher Einflussnahme den räumlichen und sozialen Mittelpunkt ihres gemeinsamen Lebens zu bestimmen, verdient die freie Entscheidung beider Eheleute, gemeinsam im Bundesgebiet zu leben, besonderen staatlichen Schutz, falls einer der Ehepartner die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Verurteilungen wegen strafbarer Handlungen vermögen grundsätzlich noch keine eine Ehe gefährdende Ausweisung zu

2. Ehe und Familie in der Ordnung des Grundgesetzes. Juristenzeitung, Tübingen, Nr. 23/24, 10. Dez. 1982, S. 826.

rechtfertigen" (3).

Warum nicht das weite Subsidiaritätsprinzip ausdrücklich in der künftigen brasilianischen Verfassung festlegen? Das heisst: Es würde in der Verfassung vorgeschrieben, dass der Staat nicht in die Intimität der familiären Verhältnisse eingreifen dürfte, ausser wenn seine Handlung unentbehrlich ist, um ernsthaft bedrohte Rechte zu retten.

3. GLEICHBERECHTIGUNGSGRUNDSATZ

Die bestehende Verfassung Brasiliens enthält keine Formulierung in bezug auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Eine solche Aussage ist in dem Vorentwurf des Afonso Arinos-Asschusses vorhanden. Nur ist sie im Gegensatz zu dem, was in dem Grundgesetz geschieht, nicht in den Katalog der Grundrechte aufgenommen, sondern in den Abschnitt über die Familie, der zu dem Titel V, Von der Sozialordnung, gehört.

Hier wäre es aus mehreren Gründen von Nutzen, die deutsche Lösung zu berücksichtigen. Es ist wahr, dass auch in dem Grundgesetz die Bestimmungen über Ehe und Familie in den Teilbereich der Grundrechte aufgenommen sind. Der Stoff

3. [BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND]. Bundesverfassungsgericht. Entscheidung: Nr. 658 BVerfG - GG Art. 6 I, II; AuslG Paragraphen 9, 10, 12, 13, 15. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Bielefeld, Dez. 1979, S. 1002.

ist also nicht in zwei Bereiche gespalten. Die Formulierung des Gleichberechtigungsgrundsatzes auf den Bereich der Grundrechte in dem brasilianischen Fall zu verlagern, würde zur Folge haben, dass sich die zwei Bestimmungsordnungen voneinander entfernen. Wäre dies vorteilhaft? Oder wäre es zu empfehlen, um sich dem Grundgesetz in seinen Ergebnissen anzugleichen, die Bestimmungen über die Familie auf den Abschnitt der Grundrechte und Grundgarantien zu übertragen?

Es gehört seit 1934 zu der brasilianischen Verfassungstradition, einen Abschnitt für die Normen über die Familie zu bestimmen (4). Es ist kein stichhaltiger Grund vorhanden, auf diese Praxis zu verzichten. Es gibt auch keine Nachteile, wenn der Gleichberechtigungsgrundsatz von Mann und Frau seinen Sitz ausserhalb des Abschnitts für die Familie hat. Und noch mehr: Sollte die brasilianische Tradition erhalten bleiben, einen selbständigen Abschnitt für die Familie in der Verfassung zu haben, dann ist es notwendig, dass die zwei Bestimmungsordnungen in Teilbereichen liegen, die verschieden sind und deren Inhalt ungleiche bestimmende Tragweite haben. Als erstes weil es nicht nur in der Ehe und Familie wichtig ist, die Gleich-

4. Die Verfassung von 1934, die von 1937 und die von 1946 hatten einen Abschnitt ausschliesslich für die Familie. Die Verfassung von 1967 sowie die Verfassungsänderung von 1969 hatten sich dafür entschieden, Familie, Erziehung und Kultur zusammen unter einen Titel zu stellen.

berechtigung festzustellen, sondern auch in dem weiten übrigen Bereich, der das politische, soziale und berufliche Leben ausmacht. Zum zweiten ist folgendes zu beachten: Wenn der Gleichberechtigungsgrundsatz von Mann und Frau neben dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz eingeführt wird, kennzeichnet sich besser der eine im Gegensatz zu dem anderen, je nachdem, wie ihre verschiedenen und möglichen Bestimmungsgrade sind. In dem Fall von dem Grundgesetz sind in demselben Artikel, dem Artikel 3, drei verschiedene Gleichheitsordnungen vorgeschrieben: die allgemeine Gleichheit vor dem Gesetz oder der allgemeine Grundsatz der Isonomie (Abs. 1), die Gleichberechtigung von Mann und Frau (Abs. 2) und das Verbot von Benachteiligung oder Bevorzugung wegen Geschlechtes, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glaubens, religiöser oder politischer Anschauungen (Abs. 3). Schon die einfache hermeneutische Regel, wonach das Gesetz kein überflüssiges Wort enthält, führt dazu, mit Gernhuber übereinzustimmen, dass der Gleichberechtigungsgrundsatz als keine bloße "Wiederholung des allgemeinen Gleichheitssatzes in seiner Anwendung auf den Geschlechtsunterschied" angesehen werden kann: Jener enthält vielmehr "ein absolutes Differenzierungsverbot" (5). Es ist zu wünschen, so wird es auch in Brasilien

5. GERNHUBER, Joachim. Lehrbuch des Familienrechts. 3. Aufl., München, C. H. Beck, 1980, S. 55-6.

verstanden. Dazu kann das Nebeneinanderliegen beider Grundsätze beitragen.

Bei dem letzten Entwurf - also bei dem sogenannten Cabral II-Entwurf - ist in dem Kapitel über die Familie kein Gleichberechtigungsgrundsatz mehr. Er ist aber auch nicht in das Kapitel der individuellen und kollektiven Rechte aufgenommen worden, so dass man in dieser Hinsicht auf die gegenwärtige, unbefriedigte Lage zurückgekommen ist.

4- EHE UND KONKUBINAT

Ein Punkt, wozu die brasilianische Überlegung noch unreif scheint, ist die verfassungsrechtliche Vorstellung gegenüber dem Konkubinat.

Der Vorentwurf des Afonso Arinos-Ausschusses beginnt den Abschnitt zu der Familie mit folgender Verfügung:

"Art. 362. Die Familie, durch die Ehe oder dauerhaftes Zusammenleben gebildet, auf die Gleichheit von Mann und Frau gestützt, wird den Schutz des Staates haben.

Einziger Paragraph. Das Gesetz wird Fürsorge für die Familie leisten und überdies die Gewalt während des Bestehens der familiären Verhältnisse und die Verwahrlosung der minderjährigen Kinder verhindern".

Dieser Artikel ruft zwei Fragen hervor, die von grosser Bedeutung sind. Indem die Verfügung, von der brasilianischen Tradition abweichend, das Konkubinat als Mittel für die Gründung der verfassungsgeschützten Familie anerkennt, könnte es damit in den Rang einer Instituts-garantie erhöhen. Obwohl der Text, strenggenommen, nur der Familie als solcher Schutz verspricht, würde eine eventuelle Auslegung vielleicht nicht als eine absurde empfunden, die, von der ausdrücklichen Benennung des Konkubinats als geeignete Form für die Bildung der Familie inspiriert, es als privilegierte Einrichtung der Verfassung betrachten würde. Ein grösseres Risiko aber - und dies ist die zweite Frage - würde darin bestehen, dass weder die eine noch das andere - Ehe und dauerhaftes Zusammenleben - konstitutionelle Würde erhalten und lediglich als Formen angesehen werden, die der Gesetzgeber für die Bildung der Familie anerkennt.

Die Wahl des Vorentwurfs verdient längere Überlegung. Man verwechselt vielleicht den Schutz, den die Gesetze, insbesondere die Sozialversicherungsgesetze, und die Rechtsprechung den Personen gewähren, die sich in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft befinden - Schutz, der weiterbestehen muss -, mit der Anerkennung einer gesetzlich definierten und privilegierten Bildungsform der Familie. Mit Recht sagt Gernhuber: "Vom besonderen Schutz einer

Lebensform bis zur Rechtswidrigkeit aller konkurrierenden Formen ist ein weiter Weg" (6) . Man plädiert keineswegs dafür, dass das Konkubinat unterbunden wird. Es geht nicht darum, sondern um die bloße Anerkennung, dass das Konkubinat kein ideales Modell darstellt, nach dem eine Familie ins Leben gerufen werden soll. Wenn man von dem Schutz der Familie in dem Verfassungstext spricht, denkt man an eine sozial relevante Einrichtung. Man hat dann Anspruch darauf zu bestimmen, unter anderem wie diese Einrichtung zustande kommt. Dagegen ist das Konkubinat in diesem Zusammenhang eine reine Möglichkeit, die innerhalb der Privatsphäre der Bürger bleibt und worüber die Verfassung lieber schweigen als sprechen soll. Hier gilt auch das Beispiel, das aus der Bundesrepublik Deutschland kommt: Die Ehe ist dort das einzige Mittel zur Bildung der Familie, das verfassungsrechtlichen Schutz genießt, ohne dass dies jede Repression gegenüber anderen Verhaltensformen einzelner Bürger berechtigt. Zu diesem Punkt erklärt Zeidler: " Die Förderung von Ehe und Familie durch staatliches Handeln hat in positiver Form zu ihren Gunsten zu geschehen, nicht aber in negativer Weise durch Unterdrückung oder Benachteiligung anderer Lebensweisen oder Verhaltensformen. Dem stehen das Toleranzgebot und der Verfassungsgrundsatz der freien Entfaltung der Persönlichkeit entgegen, soweit nicht die

6. Op. cit., S. 36.

Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG eingreift. Der darin enthaltene Verfassungsbegriff der Sittlichkeit ist in diesem Zusammenhang nicht als ein transzendental-religiöses Prinzip zu verstehen, sondern im schlichten Sinne eines gemeinwohlverträglichen Verhaltens" (7). Zeidler schliesst aber ganz klar aus, dass eine auch nur indirekte Besserstellung nichtehelicher Gemeinschaft kompatibel mit der Tendenz des Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes sei. Er vertritt im Gegenteil die Meinung, "Ehe und Familie haben in diesem Zusammenhang einen Anspruch auf Meistbegünstigung" (8).

Die Verfassung ist vor allem das Projekt der geschichtlichen Erfüllung der Nation. Dabei sollen die grundlegenden Werte des Volks mit Entschlossenheit und Mut ausgedrückt werden. Nun bei aller Gefälligkeit, Einfühlungsgabe und Toleranz, die man denjenigen schuldet, die sich in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft befinden - sei es weil ihnen die Voraussetzungen für die Ehe fehlen, sei es weil sie die Ehe förmlich ablehnen - gilt diese noch in unserer Kultur als die vorbildliche Form der Familien-

7. ZEIDLER, Wolfgang. Ehe und Familie. In: BENDA, Ernst et alii (Hrsg.). Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Berlin, Gruyter, 1983, S. 580, Fussnote weggelassen.

8. Op. cit., S. 583.

gründung. Die Tatsache, dass die Verfassung das nicht anerkennt, wird eher einen Rück- als einen Fortschritt bedeuten.

Um auf Deutschland zurückzukommen, gilt es hier etwas Historisches aufzufrischen. Bei geschichtlicher Darstellung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe und Familie, insbesondere in bezug auf die Weimarer Verfassung, bezieht sich Schwab auf strukturelle Veränderungen der Familie, denen gegenüber eine Neutralität der Grundrechte fehl am Platz wäre. Verfassungsrechtliche Grenzen für die familiensrechtspolitischen Innovationsvorhaben des Gesetzgebers müssen daher gezogen werden. Noch immer nach Schwab waren die Bestrebungen des 19. Jahrhunderts, die auf Konservierung der Familie ausgerichtet waren, sich der Gefährdung von Ehe und Familie bewusst - "Gefährdung nicht so sehr durch den sozialen Wandel (der verfassungsrechtlich auch gar nicht verhindert werden kann), als durch gesellschaftliche Konstrukte und Programme" (9). Sowohl bei der Weimarer Verfassung als bei dem Bonner Grundgesetz war das Bewusstsein der Gefährdung auf nahe politische Umstände

9. SCHWAB, Dieter. Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie. In: HABSCHEID, Walther J. et alii (Hrsg.). Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch. Bielefeld, Giesecking, 1976, S. 906-7. Cf. auch SCHWAB, Dieter. Familienrecht. 3. Aufl., München, C. H. Beck, 1984, S. 6.

gestützt: 1919 auf die gerade in Europa eingepflanzte bolschewistische Revolution; 1949 auf die traumatische Erfahrung mit dem Nationalsozialismus (10) . Gewiss ahnt man in dem Gesichtskreis Brasiliens nichts Ähnliches. Die Konstitutionalisierung des Konkubinats stellt aber eine schwere Gefährdung für die Ehe dar. Gleich würde man keinen Sinn mehr darin sehen, dass das Zivilgesetzbuch ein Habilitationsverfahren für die Ehe vorsieht, dass es die Eheverbote festlegt und Strafe für Übertretungen auferlegt. Kurz und gut würde die Ehe aufhören, die Einrichtung in dem wahrsten Sinne des Wortes zu sein, die die brasilianische Gesellschaft, tief in den abendländischen Wertvorstellungen verankert, für die Gründung der Familie vorbestimmt hatte. Und weil es zu dem Wesen des Konkubinats gehört, sich jeder Kontrolle des Staates zu entziehen, würde man auf der hohen Ebene des verfassungsrechtlichen Schutzes Verbindungen hinnehmen müssen, die von Bigamisten, eheunfähigen Minderjährigen oder von Geschwistern unter sich, Vater mit Tochter, Mutter mit Sohn, usw. gebildet sind, vorausgesetzt, dass sie stabil sind.

Es gehört nicht hierher, die Gründe zu erforschen, die

10. Cf. SCHWAB. Zur Geschichte..., cit., S. 894; LECHERER, Helmut. Der Schutz der Familie. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Bielefeld, Jan. 1979, S. 5.

den Afonso Arinos-Ausschuss dazu veranlasst haben, dem Konkubinat die Ehre des konstitutionellen Altars zu verschaffen. Sicher ist aber, dass heute ein Glanz der Romantik um das Konkubinat zu spüren ist. Seine Züge von Spontaneität und seine Entwicklung ausserhalb des offiziellen juristischen Systems machen es zu einem typischen Erzeugnis der staatsfreien Gesellschaft. Es ist daher gerade in einer Stunde demokratischer Bekräftigung ideal, um der Ehe, dem homologen Erzeugnis des Staates, gegenübergestellt zu werden. Ohne die Unterschiede zu verleugnen, stellt das Ende des Regimes von 1964 für den brasilianischen Verfassungsgeber der Jetztzeit dar, was der Aufschwung des kommunistischen Sozialismus in Europa für die Weimarer Nationalversammlung und der Untergang der Hitlers Diktatur für den nachher gewählten Parlamentarischen Rat dargestellt haben.

Die Idealisierung des Konkubinats in Brasilien kann eher eine Frucht der Aufregung als der Vernunft sein. Die Praxis des freien Zusammenlebens ist allem Anschein nach weit verbreitet in diesem Land. Denkt man jedoch über das Phänomen intensiver nach, wird man zu dem Schluss kommen, dass es keine echte Ablehnung der Ehe ausdrückt, sondern vor allem die wirtschaftliche Armut und die kulturelle Unterentwicklung erheblicher Anteile der brasilianischen Bevölkerung. Diesbezüglich kann man sich auf die These

berufen, die Schmidt-Relenberg aufgeworfen hat, nämlich: "Jede Gesellschaft hat die dem Entwicklungsstand ihrer Produktionsweise und ihrer kulturellen Standards entsprechenden Ehe- und Familienformen". Wie in der vorindustriellen Gesellschaft die Ehe ein Privileg der Begüterten gewesen sei, so sei sie gegenwärtig für "einen Grossteil der Bevölkerung, die Lohnabhängigen", "materiell und formal objektiv nicht notwendig". "In der Dritten Welt", fügt Schmidt-Relenberg hinzu, "sind die Armen zum allergrössten Teil nicht verheiratet, auch nicht im katholischen Lateinamerika, wo viele Menschen in unión libre, in freier Beziehung zusammenleben". Anschliessend beschreibt er zutreffend ein Bild, das uns in Brasilien sehr familiär vorkommt: "Und das geht zusammen und auseinander, wie es kommt und geht, vor allem wie der Mann kommt und geht; die Frau sitzt da mit den Kindern aus den verschiedenen 'freien Beziehungen'". Und zum Schluss: "Hier macht sich der Klassencharakter der Ehe als Privileg der Begüterten noch deutlich fest" (11).

Wenn die Auslegung richtig ist, das Konkubinat sei in Brasilien hauptsächlich eine Folge des wirtschaftlichen

11. SCHMIDT-RELENBERG, Norbert. Wandlungen des Eheverständnisses. In: DEUTSCHER FAMILIENGERICHTSTAG (Hrsg.). Vierter Deutscher Familiengerichtstag. Bielefeld, Giesecking, 1982, S. 15-6.

Drucks, wäre dies nicht gerade ein Grund, es auf den Zustand eines normalen Mittels zu heben, womit die Familie gegründet wird? Hier müsste eine radikale Vorentscheidung getroffen werden: Soll die Verfassung des Staates sich darauf beschränken, die in der Gesellschaft bestehenden faktischen Verhältnisse wiederzugeben, oder ist es von ihr zu erwarten, dass sie das ideale Projekt der Nation formuliert? (12). Ohne dem betrügerischen Gewebe eines essentialistischen Normativismus verfallen zu wollen, wäre es dem Recht seine fortschrittsfördernde Rolle abzuleugnen, wenn ein gesunder Idealismus die Gesetze nicht durchzieht. Dies gilt insbesondere, wenn es um das Gesetz geht, das nach Tradition und Konsens die grundlegende Regel des politischen Zusammenlebens ist.

In der verfassungsgebende Versammlung ist die Einstellung des Afonso Arinos-Ausschusses nicht intakt geblieben. So heisst es in dem Entwurf des Unterausschusses der Familie, des Minderjährigen und des Senioren:

"Zum Zweck des Schutzes ist das dauerhafte Zusammenleben zwischen Mann und Frau als Familie anerkannt" (3. Paragraph des Art. 10).

12. Zu dieser Frage im weiten Sinne cf. BOCKELMANN, Paul et alii. Das Rechtswesen - Lenker oder Spiegel der Gesellschaft? München, Piper, 1971 (c).

Von einer absoluten Gleichstellung zwischen Ehe und dauerhaftes Zusammenleben war aber nicht mehr die Rede.

Bei dem Cabral II-Entwurf weicht man sowohl von der geltenden Lösung als auch von der des Arinos-Ausschusses ab. Es wird nicht gesagt, dass die Familie durch die Ehe entsteht; es wird ebenfalls nicht behauptet, dass sie durch dauerhaftes Zusammenleben zustande kommt. Der betreffende Text besagt trocken folgendes:

"Die Familie hat besonderen Schutz des Staates" (Art. 256).

Hier hat sich der Entwurf für die Lösung entschieden, die zum Beispiel in der portugiesischen Verfassung vom 2. April 1976 steht, wobei die letztere allerdings eine ausführlichere Fassung annimmt, nämlich:

"Die Familie hat als grundlegendes Element der Gesellschaft ein Recht auf den Schutz durch die Gesellschaft und des Staates und auf die Verwirklichung aller Bedingungen für die Persönlichkeitsentfaltung aller Familienangehörigen" (13).

13. Art. 67 (1), hier in der Übersetzung von André Thomashausen, wie sie im folgenden Werk zu lesen ist: KIMMEL, Adolf [Hrsg.]. Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten. München, C. H. Beck, 1987 (Vorw.).

5 - GLEICHHEIT VON EHELICHEN UND NICTHELICHEN KINDERN

Es liegt anscheinend ein Missverständnis in dem Vorentwurf des Afonso Arinos-Ausschusses, wenn er die Diskriminierung gegen die nichtehelichen Kindern abzubauen versucht. Der erste Paragraph des Art. 363 besagt in der Tat:

"Die Kinder, die aus einer oder aus keiner Ehe stammen, werden gleiche Rechte und Bezeichnungen haben".

Dass sie grundsätzlich gleiche Rechte haben werden, ist gerecht und wünschenswert. Dass sie aber gleiche Bezeichnungen (14) haben werden, wird erst dann möglich, wenn man jeden Unterschied zwischen Ehe und alles, was nicht Ehe ist, abbaut, ein Extrem zu dem der Vorentwurf offensichtlich nicht kommen wollte.

Selbst eine Rechtsgleichheit kann hier nicht als eine absolute verstanden werden, sondern nur in dem Masse als

14. Das portugiesische Wort, das hier als Bezeichnungen übersetzt wird, ist *qualificações*. Es gibt auch andere Bedeutungen, die ihm beigemessen werden können. Einiges schliesst der Zusammenhang schon aus. Jede übrige mehr oder weniger annehmbare Bedeutung hat mit Bezeichnung zu tun. Vielleicht hat der Vorentwurf mit dem fraglichen Ausdruck gemeint, dass es nicht erlaubt sein werde, die (eheliche oder nichteheliche) Herkunft bei Personalien anzugeben. Dafür lässt aber seine Ausserung viel zu wünschen übrig.

sie mit anderen Werten vereinbar ist, die die Verfassung auch gewährleistet. So ist es nicht anzunehmen, dass dem minderjährigen nichtehelichen Kind ein subjektives Recht zukommen würde, in der Gesellschaft seines Vaters zu leben, sollte dieser mit einer Frau verheiratet sein, die nicht die Mutter des genannten Kindes ist und die dagegen ist, dass es in der gemeinsamen Wohnung aufgenommen wird. Das Gegenteil wäre ein unakzeptabler Eingriff in die eheliche Privatsphäre. Das zeigt freilich wie sehr das Thema der nichtehelichen Kindschaft von dem Grad des verfassungsrechtlichen Interesses für die Ehe abhängig ist. Wie dem auch sei, gibt es letzten Endes Hindernisse in bezug auf die praktische Durchsetzung der Gleichheit von ehelichen und nichtehelichen Kindern überhaupt, die sich aus ihrer Natur her gar nicht leicht abbauen lassen. Heckel vertritt die Meinung, "das Verfassungsgebot des Art. 6. Abs. 5 GG, den nichtehelichen Kindern 'die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern', ist im wörtlichen Sinne kaum realisierbar". Eine ihm realistischere Formulierung war die von Art. 18 der Verfassung des ehemaligen Landes Württemberg-Baden: "Im beruflichen und öffentlichen Leben stehen eheliche und

uneheliche Kinder gleich" (15).

Das Missverständnis des Vorentwurfs liegt darin, Gleichheit von Bedingungen mit Gleichheit von Rechten und Bezeichnungen zu verwechseln. Hier heisst es, nach Gleichheit der Bedingungen und womöglich der Rechte zu streben. Das ist kein bescheidenes Ziel. Damit aber die ehelichen und die nichtehelichen Kinder gleiche Bezeichnung hätten, müsste man die begrifflichen Linien abschaffen, die die Ehe festlegen.

Was die Sprache betrifft, ist die entsprechende Bestimmung des Vorentwurfs von Prof. Fábio Konder Comparato nicht weniger unglücklich:

"Art. 39. Allen wird unter Beachtung der vom Gesetz auferlegten Pflichten die Freiheit zur Fortpflanzung und Erziehung der Kinder gewährleistet. Zwischen legitimen Kindern und Kindern, die ausserhalb der Ehe gezeugt worden seien, wird es weder Unterschiede beim familiären Stand noch beim Erbrecht geben.

15. HECKEL, Hans. Einführung in das Ehe- und Familienrecht. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1981, S. 104. Eine "völlige rechtliche Gleichstellung" wäre hier nach Beitzke "eine Entwertung der Familie und würde der Tatsache nicht gerecht, dass die nichtehelichen Kinder regelmässig unter anderen soziologischen Voraussetzungen aufwachsen als eheliche": BEITZKE, Günther. Familienrecht. 24. Aufl., München, C. H. Beck, 1985, S. 8.

Einziger Paragraph. [...]".

Es handelt sich um eine noch angreifbarere Ausserung. Da der Text den auf die ehelichen Kinder angewandten Begriff Legitimität benutzt, musste er auf eine Umschreibung mit dem unverhüllbaren Ziel zurückgreifen, die Bezeichnung illegitim für die nichtehelichen zu vermeiden. Wer aber die ehelichen Kinder legitim nennt, nimmt implizite die Bezeichnung illegitim für diejenigen an, die "ausserhalb der Ehe gezeugt worden seien"...

Gewiss kann sich die Diskriminierung auch auf der Ebene der Sprache erkennen lassen und die Vorentwürfe zeigen berechtigte Sorgen darüber. Die mögliche Lösung dazu, die die Grenzen der Sprache selbstverständlich nicht überschreiten kann, besteht darin, Ausdrücke zu nehmen, die am neutralsten wirken. Solche Ausdrücke, gerade weil sie rein beschreibenden Zweck haben, umfassen kein Werturteil über die Natur der Kindschaft oder umfassen es nicht über das Unvermeidbare hinaus. Auch hier wäre es angebracht, den deutschen Beitrag zu berücksichtigen. Sowohl die Weimarer Verfassung als auch das Bonner Grundgesetz haben die Wörter ehelich und unehelich verwendet, während die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 7. Oktober 1949, die Betonung von der Person auf die Tat verlagernd, sich für

aussereheliche Geburt entschieden hat (16). In der Bundesrepublik Deutschland hat das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969 mit Wirkung ab 1. Juli 1970 eben die Bezeichnung nichtehelich statt unehelich eingeführt. Zu dem Grund dieser Bevorzugung erklärt Gernhuber: " Man wechselte das Wort, weil das Präfix 'un' etwas Abwertendes enthalte (obwohl genügend Fälle wertneutraler Verwendung nachzuweisen sind), während das Präfix 'nicht' über eine blossе Negation nicht hinausgehe" (17). Schliesslich ist die entsprechende Lösung auch in Portugiesisch die beste Möglichkeit: matrimonial (ehelich auf Deutsch) und não-matrimonial (nichtehelich auf Deutsch).

Die Idee einer "Gleichheit von Bezeichnungen" hat bis jetzt in der verfassungsgebenden Versammlung bestanden.

16. Dieser Orientierung folgend, spricht das Einführungsgesetz zum Familiengesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 20. Dezember 1965 von Kindern, die "ausserhalb der Ehe" oder "während der Ehe" geboren wurden: cf. EGFGB Paragraph 9. Zum Thema erklärt Beyer: "Einen Makel 'ausserehelicher Geburt', eine gesellschaftliche Geringschätzung und Benachteiligung des Kindes gibt es nicht mehr. Deshalb konnte die sozialistische Verfassung vom 6.4.1968 darauf verzichten, in das Kapitel über Grundrechte und Grundpflichten der Bürger (Art. 38) besondere Bestimmungen über die Beseitigung von Nachteilen der ausserehelichen Geburt aufzunehmen": BEYER, Karl-Heinz. Paragraphen 54-63 FGB. In: BEYER, Karl-Heinz et alii. Das Familienrecht der DDR. 4. Aufl., Berlin, Staatsverlag der DDR, 1973, S. 223.

17. Op. cit., S. 873.

Soweit ersichtlich hat gar kein Entwurf oder Vorschlag darauf verzichtet, sie beizubehalten, so verwunderlich dies schein mag.

6 - PROGRAMMSATZE UND UNMITTELBAR VERBINDLICHE BESTIMMUNGEN

Der Vorentwurf des Afonso Arinos-Ausschusses, vielleicht weil er sich dessen bewusst gewesen ist, dass der Programmsatz vermutlich keine bedeutsamen konkreten Konsequenzen hat, hat in das Kapitel der Grundrechte und Grundgarantien folgende Bestimmungen aufgenommen:

"Art. 10. Die Rechte und Garantien, die diese Verfassung enthält, haben unmittelbare Anwendung.

Paragraph 1. Beim Ausbleiben oder Unterlassen des Gesetzes, das für ihre Normierung vorgesehen ist, wird der Richter den Fall so entscheiden, dass die Ziele der Verfassungsbestimmung erreicht werden.

Paragraph 2. Stellt das Oberste Bundesgericht fest, dass das Ausbleiben oder Unterlassen des Gesetzes die Wirksamkeitsfülle der in dieser Verfassung gewährleisteten Rechte und Garantien verhindert, wird es der zuständigen Gewalt die Verabschiedung der Norm empfehlen, die die Lücke füllt".

Auch nach dem Bonner Grundgesetz sind die in seinem

Art. 2 und den folgenden enthaltenen Grundrechte aktuelle Normen, verbis :

"Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht" (Art. 1 Abs. 3).

Der Programmsatz darf aber nicht als eine bloße Absichtserklärung angesehen werden. Weit von diesem Gedanken entfernt, verfügt er über verbindliche Kraft, sei es in bezug auf den einfachen Gesetzgeber, sei es hinsichtlich der Auslegung, wie Anschütz schon unter der Herrschaft der Weimarer Verfassung gelehrt hat (18). Das ist nicht wenig, selbst wenn die bisherige brasilianische Praxis das Gegenteil zu verstehen gäbe. Wie dem auch sei, es ist in der angegebenen Vorschrift des Vorentwurfs ein gesundes Ziel zu erkennen. Gesundes aber gefährliches.

Es sei hier die Entwicklung ins Gedächtnis gerufen, die sich in Deutschland von der Weimarer Verfassung zu dem Bonner Grundgesetz in bezug auf den Gleichberechtigungsgrundsatz vollzogen hat. Die Weimarer Verfassung hat ihn in Art. 119 in fine mit programmatischem Charakter festgelegt. Das Bonner Grundgesetz hat ihn in Art. 3 Abs. 2

18. Cf. ANSCHÜTZ, Gerhard. Die Verfassung des deutschen Reichs. Nachdr. der 14. Aufl., Bad Homburg vor der Höhe, Gentner, 1960, S. 560.

aufgenommen, und zwar als unmittelbar verbindliche Bestimmung. Da aber der Grundsatz, gerade deshalb, weil er ein Grundsatz ist, nicht vermag, von selbst in die untere Schicht der Gesetzgebung einzudringen, hat seine Aufnahme dem Gesetzgeber einen Auftrag bedeutet: in dem ersten Fall einen Auftrag, die Gleichberechtigung festzustellen; in dem zweiten Fall einen Auftrag, die Gleichberechtigung durchzuführen, wie Schmidt-Horix zutreffend bemerkt hat (19).

Als das Bonner Grundgesetz den Gesetzgeber damit beauftragt hat, die Gleichberechtigung durchzuführen, wusste es doch, dass die Aufgabe Zeit benötigte. So hat es ihm eine Frist zugesprochen, die nach der Übergangsregelung des Art. 117 Abs. 1 am 31. März 1953 ablaufen würde. Erst von diesem Punkt an würde das dem Gleichberechtigungsgrundsatz entgegenstehende Recht seine Kraft verlieren, sollte die Anpassung nicht vorher vorgenommen werden. Auf der anderen Seite wurde die unmittelbare Geltung der Grundrechte dadurch ausbalanciert, dass bei fehlender Fristsetzung der Begriff des gesetzgeberischen Ermessens angewandt werden könnte und wurde (20). Kommt man auf den

19. Cf. SCHMIDT-HORIX, Hans. Das eheliche Güterrecht in Deutschland und Norwegen. [O.O.Dr.], 1981, S. 16.

20. Cf. JUNKER, Helmut. Die verfassungsrechtliche Stellung des unehelichen Kindes in der BRD. Bonn, [O.Dr.], 1964, S. 34-5.

Gleichberechtigungsgrundsatz zurück, so gilt es zu bemerken, dass die Frist nicht eingehalten worden ist. Am 18. Dezember 1953 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass alle Vorschriften des deutschen Rechts, die nicht in Harmonie mit dem Grundsatz der absoluten Gleichheit von Mann und Frau waren, ausser Kraft traten. Solange angepasste Vorschriften nicht erlassen worden seien, würde es den Gerichten zustehen, die Lösungen selbst zu gestalten, die mit dem verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsgrundsatz vereinbar seien (21). Ein Versuch seitens des Gesetzgebers, die Anpassung vorzunehmen, ist erst mit dem Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 (in Kraft seit 1. Juli 1958) zustande gekommen.

Berücksichtigt man die deutsche Erfahrung, würde man die Richtung von dem Entwurf des Afonso Arinos-Ausschusses für angebracht halten? Gewiss nicht. Wenn sie ohne weiteres eingeschlagen wird, würden zahlreiche Regeln, auch wenn man die Grenze des Familienrechts nicht überschreitet, von heute auf morgen ihre Kraft verlieren, weil sie eben mehr oder weniger dem Gleichberechtigungsgrundsatz entgegenstehen. Weite Lücken würden in der Gesetzgebung entstehen, die von gerichtlichen ad hoc Lösungen geschlossen werden

21. Cf. RHEINSTEIN, Max. Gesammelte Schriften. Bd 2, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1979, S. 220.

müssten. Nur durch Zufall würden sie homogen sein. Die Rechtsungewissheit und infolgedessen die Unsicherheit der Parteien würden möglicherweise verbreitet auftreten. Man würde nicht verhindern können, dass sich der Gebrauch von Klagen und Rechtsmitteln bis zu einem beunruhigenden Punkt vermehrt.

Was also sinnwohl wäre, ist, den unmittelbar verbindlichen Charakter des Grundsatzes doch aufrechtzuhalten. Gleichzeitig aber müsste eine eher längere als kürzere Anpassungsfrist bewilligt werden (22), damit der Entschluss, der in seinem Ausgangspunkt sehr vernünftig ist, sich nicht in seiner Anwendung als Missgriff herausstellt.

In dem Cabral II-Entwurf sieht das Thema etwas aber nicht ganz anders aus. Von unmittelbar verbindlichen Bestimmungen ist nicht mehr die Rede. Statt dessen wird dabei ein Rechtsmittel vorgesehen - das sogenannte *mandado de injunção*, eine bisher unbekannte Institution in Brasilien -, um dem Ausbleiben von Gesetzen abzuhelpen, das

22. Bezüglich der Stellung der nichtehelichen Kinder in der bundesdeutschen Gesetzgebung hat das Bonner Grundgesetz keine Ausschlussfrist gesetzt. Junker erklärt diesen Mangel damit: "Eine zeitliche Determinierung erfolgte nicht, da der Verfassungsgeber von einer zeitgerechten 'freiwilligen' Erfüllung ausging". Er fügt aber gleich hinzu: "Diese Einschätzung hat sich in der Folgezeit als falsch erwiesen": Op. cit., S. 33.

die Ausübung der verfassungsrechtlichen Freiheiten und der Rechte verhindern, die sich auf die Staatsangehörigkeit, die Volkssouveränität und die Bürgerlichkeit beziehen (cf. Art. 5. Paragraph 47).